

POR D. AGVSTIN FARFAN DE LOS GODOS.

EN EL PLEITO CON PEDRO MAGO de Morales, y Iuan Escoten, Albaceas, y Comissarios para testar, nombrados por doña Maria Manrique de Lara, con poder que les otorgò para ello; se suplica a Vuessa merced admita este memorial.



SVPONESE en el hecho, que en treinta de Agosto de quarenta y nueue, don Agustin Farfan hizo pedimento ante V.md. diziendo, que la dicha doña Maria su prima hermana auia hecho vn Testamento; y por dexar cortas mandas, y legados a sus deudos, y muchas, auia acordado de reuocarlo, y otorgar poder para testar al Maestro Benito Perez de Salamanca, y a Pedro Mago de Morales, y a Iuan Escoten, y a qualquiera dellos insolidum. Y que porque tenia noticia no le conformauan,

y querian hazer diferentes legados, y mandas, fuera de la intencion de la difunta, y que a sus deudos, y mas al dicho dō Agustin Farfan, muy cortos legados, y que por las muchas controuersias que entre ellos podia auer, y teniā, pidiò que se les notificasse en vn breue termino pareciessen ante V.m. para que con su asistencia hiziessen el dicho Testamento.

Huuo auto a este pedimento, en que se mandò que el dia Domingo siguiente cinco de Setiembre del dicho año (seis dias despues del auto) se les notificasse a los Albaceas pareciessen ante V.md. en las casas de su morada, y que lleuassen conferido, y determinado la forma del Testamento q̄ auian de hazer, en virtud del dicho poder, diziendo en èl V. md. era informado, y le cōstaua la controuersia que entre si tenian, para que en su presencia lo hiziessen, y que no lo otorgassen de otra manera, pena de cinquenta mil marauedis, para la Camara de su Magestad; y que tambien se proueyò en quanto a la exibicion del inuentario de bienes, y que se embargassen.

En 3[illegible] de Agosto se notificô este auto a Iuan Escoten, y dize, que en quāto a hallarse, y asistir en las casas de V.md. para el efeto que se le manda, està presto de lo cumplir: y en quanto al inuentario, y bienes dixo que no los tenia. La mesma notificacion se hizo a Pedro Mago de Morales, si bien no se prosiguiò, ni notificô el auto al Maestro Benito Perez de Salamanca, porque con el susodicho no se entendiô el pedimento, por estar desistido mucho antes.

En 9. de Diziembre, del mesmo año (tres meses despues de notificada la faccion del Testamento a estos Comissarios) Pedro Mago diò peticion, diziendo auia hecho el Testamento, y que se auia conformado con la voluntad de la difunta, y hecho manda al dicho don Agustin Farfan de ciē pesos, que dixo auia sido la mayor manda. Este Testamento se mandò exhibir, y presentar, y tambiē el inuentario de que sin embargo de apelacion de Pedro Mago, por autos de vista, y reuista, se confirmô la dicha exhibicion. Con que el dicho Pedro Mago de Morales exhibiô el dicho Testamento, que por si solo otorgô en virtud del dicho poder en 18. de

Otubre

Otubre del mesmo año (mes y medio despues de notificado su auto de V.md.) y tambien exibiô el inuentario, y otro codicilio que otorgò.

Estos autos supuestos, entra el pedimento de don Agustin Farfan de 15. de Febrero deste año, en que dize, que el dicho Testamento fue ninguno, y pide se cumpla el primero auto de V.md. proueido, en que mandò hazerlo a vno, y a otro Comissario, como està mandado, y sobre que pidiò determinacion.

En tres puntos controuierten mi desseo, y el acierto, si para el vltimo tuuiere aprobacion, el primero para la determinacion, y justicia del dicho don Agustin.

El primero, si teniendo cada vno destos dos Comissarios poder insolidum para testar, auiendolos interpelado don Agustin Farfan, para que testassen, se pudo desistir Joan Escoten. Y si fue valido el Testamento que en virtud del poder hizo Pedro Mago.

El segundo, si Iuan Escoten acetò el poder, y comissaria para testar, y si se pudo desistir, de forma, que no pueda ser apremiado a proseguir, y hazer este Testamento.

El tercero, y vltimo, si dado que el Testamento que hizo el dicho Pedro Mago, fue ninguno, han de hazerlo, y otorgarlo de nueuo vno y otro Albacea, y de la facultad de executar el arbitrio en las mãdas q̃ se les cometieró declarassen.

Quoad primum secundum iuris principia, recibe distincion, y se halla entre el mero, y vniuersal executor testamentario, secundum Molin. Et alios per eum citatos, 2. tom. de iust. & iure, disput. 247. porque se tiene por particular, si alio hærede instituto, vel ab intestato succedente executor testamentarius fuerit nominatus, quia tunc merus executor dicitur. Secus vero in vniuersali difinitur scilicet quando anima defuncti fuerit ab eo hæres instituta, & executor nominatus. Como en este poder dexò por heredera instituida su alma doña Maria Manrique de Lara; o por mejor dezir, mandada instituir. Ita tenet idem Molin. ibi. *Vniuersalis aut dicetur quando nullam in particulari præter animam defuncti statuitur, & constituitur aliquis*

quis, qui voluntatem defuncti executioni mandet, vt si quis testetur ad pias causas, esto legata aliqua non pia simul relinquat, & vel propriam animam hæredem instituat, vel pauperes, vel captiuos singulares designando atque aliquem vel aliquos constituat, qui ea omnia executioni mandet eiusmodi namq; executores vniuersales nuncupantur. Tenet etiã Carpio de execut. Testam lib. 1. cap. 1. num. 48. tenet Cob. in cap. cum Ioannes de Testam. num. 6 Matienço, l. 14. tit. 4. lib. 5. comp. gloss 1. num 7 Y aunque tenga diferente inspeccion el Comissario para testar id est diuerso nomine nuncupetur, vt sub aliarum legum tauri inteligentia eius identitas terminetur, vt resoluit idem Carpio, lib. 1. cap. 1. num. 23. ibi. *Commissarius quod est altera, & secunda species executorum proprie nuncupatur ille, qui ex facultate, & commissione á testatore ei iniuncta, pro eo testatur, declarat, ordinat, & disponit in casibus à iure expressis vt ex lege 31. & seq.* Tau. Segun lo referido parece que pudo Pedro Mago hazer por si solo este Testamento de doña Maria Manrique de Lara, por el desistimiento de Iuan Escoten, por la disposicion de la ley 38. de Toro, ibi. *Si alguno, o algunos dellos requerido no quisieron, o no pudieren vsar del dicho poder, o se murieren, el poder quede por entero al otro, o otros que quisieren, o pudieren vsar del dicho poder.* Todavia no estamos en los terminos de su disposicion, porque esta procede en los actos de voluntad libre; pero no como quando en nuestro caso interuino litigio, interpelando en juizio don Agustin Farfan a estos dos Albaceas, para que hiziessen este Testamento, y auiendo precedido auto de V. md. en que se les notificò al vno, y al otro lo hiziessen en su presencia, y tal se reconoce por los fundamentos siguientes.

Primo, porque auiendo conuenido a vno, y otro Comissario don Agustin Farfan, y citadolos en virtud de auto, para hazer este Testamento, no se pudieron diuertir fuera de juizio el vno a hazerlo, y otorgarlo, y el otro a desistirse de

su

su cargo, y comissaria, quia per iudicium celebratur inter litigantes quidam quasi contractus tex. in l. licet creditor, §. idem scribit, ff. de peculio, ibi. *Nam sicut stipulatione contrahitur cum filio, ita in iudicio contrahi.* Vbi Bart. n. 1. & sequenti, & ibi Bald. Greg. Lop. in l. 25 tit 1 part. 7. gloss 5 in princip ibi. *Est enim per litis contestationem celebratus quidam quasi contractus in iudicio.* Castill. in l. 55. Tau. verb en juizio Tepatus in Compendio variar. tit. 111. cap. 4. vers. in iudicijs Carleual. 2. tom. lib. 1. disput. 1. Y que se celebra no tan solamente por la sentencia, sino por la contestacion lo afirma ex n. 11. ibi. *In iudicio celebrari duos quasi contratus, primum per litis contestationem, alterum per sentẽt. cum hoc tamen discrimine quod per primum quasi contractum litis contestatione celebratum litigantes remanent astricti instantia, & tenentur prosequi iudicium vsq; ad sentẽtiã, ita vt nõ possit vnus altero in vito á iudicio reducere.* Por los fundamentos que refiere, y de que se infiere, que siendo vna vez conuenidos por el dicho don Agustin Farfan los dichos Pedro Mago de Morales, y Iuan Escoten, que se allanò en su notificacion a cumplir el auto, su desistimiento de Comissario subsiguiente fue ninguno, como tambien el testamento otorgado por el dicho Pedro Mago de Morales; fuera de que obraron con poco respeto, y en desprecio de su auto de V. md. como se dirà en el atentado que hizieron. Si bien parece tiene lugar alguna replica del dicho Pedro Mago, diziendo, que no respondiò, ni cõtestò el pedimento de don Agustin Farfan, y por Iuan Escoten, que solamente dixo, que estaua presto de cumplir con el auto que le fue notificado; y que assi no auiendo contestado por libelo en forma, el vno, y el otro no quedaron obligados a la instancia, ex regul. text. in capit prim. de litis contestat. ibi: *Quia tamen litis contestationem nõ invenimus esse factam cũ non per positiones, & responsiones ad eas. Sed per petitionem in iure propositam, & responsionem secutã litis contestatio fiat.* Text. in l. 1. C. eod. tit. Y q̃ assi tã

B poco

poco proceden las razones alegadas. Porque se respóde, que aun sin contestacion formal, quasi contrahitur in iuditio per ea quæ emergunt ante litis contestationem; como si el reo se allanara, o confessara, o asintiera al pedimento, vt tenet idem Carleualius in dict. lib. prim. disput. 2. num. 12. ibi. *Nec vero solum per litis contestationem celebratur in iudicio quasi cõtractus, sed etiam per alia que emergunt ante litis contestationem quamvis enim in eis lis non cõtestetur, tamen quasi cõtestatur.* Como lo prueua del Texto en la l. de ætate 12. §. qui interrogatus, ff. de interrog. action. donde por el allanamiento, o confession, quasi contestatur tenet Gloss. Ordinaria, & Canonistæ, in capit. prudentiam 21. §. sexta verb. ex confessione, ibi. *Vnde satis potest dici quod nihilominus valet processus in exceptionibus dilatorijs, & emergentibus, licet lis non fuerit in his cõtestata,* de off. & potest. iudic. de legat. De forma, que con la notificacion hecha del dicho auto a Pedro Mago, y a Iuan Elcoten, que respondiò estaua presto a cumplir con lo que se le mandaua, de assistir a las casas de V. md. a la faccion del Testamento, no apelando, ni contradiziendo este auto en termino, porque ni lo contradixeron, ni apelaron ex eo. *Quia qui tunc nõ appellauit vera esse, quæ scripta sunt, consensisse videtur*; dixo el Consulto in l. 3. ff. quando appell. sit. Hæc enim doctrina, & fundamentum alio etiam fulcitur scilicet: que aunque sea cierto que no se dè principio, ni se pueda dezir instancia menos que precediendo contestacion, esto se entiende enlas demandas ordinarias, y donde se manifiesta la accion vt in l. ædita semel actio C. de ædendo tenet, & docet Maranta in speculo suæ practicæ, part. 5. verb. iudicium, lis, causa, & instantia, num. 2. ibi. *Instantia vero dicitur illa exercitatio iudicij, quæ fit à litis cõtestatione vsq; ad sententiã latam, seu vsq; ad finẽ trienni.* Lo qual no procede en nuestro caso, donde dõ Agustin Farsan procediò por vn medio, y juizio executiuo, y sumario, actione ex testamento, vt ex doctr. Bart. in l. 1. ff. de legat. 2.

l. pla-

l.plane,la.2.§.fin.ff.de legat.1. & ibi Bald. Padilla, num.31. Sarmiento,in dict.l.2. num.17. verſ. vbi autem; y aſsi pidiò fueſſen compulſos eſtos Comiſſarios, a executar, y hazer el Teſtamento de doña Maria Manrique. Y aſsi ſe ajuſtò inſtá cia ſumaria,ſegun los medios, y como puede cóſiſtir en via executiua,y ſumaria, vt tenet idem Maranta in loco citato, num. 4. ibi. *Quid autem in cauſis in quibus lis non conteſtatur pro vt ſunt cauſæ ſummariæ, vel executiuæ dic quod in illis currit inſtantia quam primum inceptum eſt cognoſci demeritis cauſæ.* Y aſsi, para exemplificar nueſtra doctrina, proſigue ibi, *poteſt dici ad maiorem declarationem quod in huiuſmodi cauſis ille actus qui ſolet fieri immediate poſt litis conteſtationem in cauſis in quibus lis conteſtatur, habet vim litis conteſtationis vnde ab illo actu incipiet inſtantia.*

Con que por todos medios, el juizio quedò formado, y fundado entre don Aguſtin Farfan,y eſtos dos Comiſſarios taliter,que no pudo el vno deſiſtirſe fuera del pleito, ni menos el otro hazer el Teſtamento, ſin la forma del auto notificado(que todo fue ninguno.)

Tambien por otro medio, y doctrina aſſentáda el deſiſtimiento de Iuan Eſcoten, y el Teſtamento otorgado por Pedro Mago de Morales,vno, y otro acto fueron ningunos, y atentados,por auerſe celebrado el vno,y el otro pendiente pleito formado entre partes, ſegun la doctrina de Lanceloto, tract. de attent. litependent. Y para eſcuſar diſtinciones, es baſtante,para auer formado pleito, y para que no ſe pueda inouar por las partes fuera de los autos,el auerſe intimado,y notificado el libelo del actor al reo,vt dicit in præfatione num. 28. & 30. ibi. *Quod citatio facit litem quoad hoc quod nihil poſsit innouari.* Clement.2. vt litependente ibi. *Litem quoad hoc pendere cenſemus,poſtquam à iudice compenti in ea citatio emanauit, & ad partem citatã peruenit.* Con que ſi mediante la citacion hecha a Pedro Mago, y a Iuan Eſcoten ſe formò pleito pendiente entre eſ-

tas partes, no pudieron inouar menos que causando nulidad, y atentado, y assi lo cócluye el texto in ead clement. ibi. *Cum lite pendente nihil debeat innouari*, capit cum M. ferrarienſ. de constitutionibus capit Ecclesia sanctæ Mariæ vt lit pendent. capit. ad dissoluendú de desponsat. impu. Veroius, conſ. 34. num. 18. lib. 3. speculat in tit. de citat. in princip. Con que indubitablemente los dichos actos de desistimiento fueron atentados. demas de que fue hazer poco caso, y desprecio del auto que por mandado de V. md. les fue notificado, obrando de su autoridad, vt tenet idem Lancelot. in præfat. de attentatis litependenti, numer. 12. ibi. *Quod etiam hac ratione comprobari potest nam attentata dicuntur esse illa, quæ fiunt in contemptum iudicis, qui dicitur lædi.* Y assi se debe reuocar todo, vt ex cap. 1. & 2. vt litependenti nihil innouetur lib. 6. ibi. *Alias attentata contra hoc electio ipso iure viribus non subsistat*, ex 2. cap. ibi. *Quod si secus actum fuerit eo ipso irritum habeatur*. Nicol. Garcia de beneficijs 1. to. 5. part. num. 217. Couar. pract. num. 7. verſ. quandoque idem Lancelotus, de attent. capit. 4. in præfat. num. 56. Petrus Greg. Tholoſſ. de beneficijs cap. 4. num. 27. in fin Salgado de protect. reg. 3. part. capit. 9. num. 159. cum sequent.

Ad secundum, aunque es cierto, y procede de derecho q̃ la aceptacion del albaceazgo en el executor testamentario, y Comissario para testar, se reconoce ser expressa; y que tambien se pueden acetar estos cargos por la tacita, como entrãdo, o vsando los albaceazgos, o Comissarias, como lo resueluen los Doctores que cita comunmente Carpio libro primero, de execut. Commiſſ. Testam. capit. 17. num. 20. ibi. *Aceptatio executoris seu Commissarij expressa vel tacita fieri censetur*. Y la tacita aceptació se reconozca por los actos que induzgan consentimiento de serlo, por los casos, y exemplos que por el autor desta materia, pues pondera cõ solo recebir, y tomar el Testamento. El Comissario es visto aceptar el cargo si comodamente tuuo termino para contra

dezirlo

dezirlo por la razon textual de la ley si filius fam. absent. ff. ad Macedonianũ ibi. *Debet pater si actum filij sui improbat continuo testationẽ interponere cõtrariæ volũtatis.* Porque en los actos perjudiciales, la taciturnidad obra consentimiento, y asi la clement. prim. de procurat asiéta, que recibiendo el poder el procurador, es visto aceptarlo, y que puede ser apremiado a ello, vt glossæ verb. cogi, & verb. assensu. Couarrub. in capit. cum Ioannes de test num. 4 que afirma, que entre los actos de aceptacion de Albacea, y Comissario, es bastante se tenga por aceptacion, y auiendolo nombrado el testador, tomare el testamento, y leyere, y callare, ibi *Executorem nominatum á testatore recipientem instrumentum, in quo executor fuit designatus legentem id, & tacentem ex hoc munus istud recepisse.* Y asi de dos actos expressos hechos por Iuan Escoten se colige con euidencia, que acetò el cargo, y comissaria para testar por doña Maria Manrique de Lara. El primero, porque auiẽdosele notificado por mandado de V. md. asistiesse a sus casas, y presencia, para hazer el dicho testamento, dixo, que estaua presto de lo cumplir, con que euidentemente acetò el mandato y comision de la testadora; y asi auiendolo acetado, tenetur id ad implere, ex doctrina text. in l. in commodato. 17 §. sicut, ibi. *Voluntatis est enim suscipere mandatum necessitatis est consummare*, ff. commodat l. si mãdauero, § Iul. in princip. ibi. *Iulianus scriuit mandati obligationem consistere etiam in rem eius qui mandatum suscipit*, ff. eod. tit. l. 3. §. tamet etsi, ff. de recept. arbitris; y asi dize Carpio in lib. 10. capit. 17. num. 7. que como este cargo particular, vna vez acetado, se ha de continuar, ibi. *Altera ratio est, quia munus hoc priuatum est authoritate, & vtilitate (vt varijs in locis notauimus) vnde necessarium non est, & consequenter, nullus ad stringitur, sed susceptum cogitur ad implire.* El segundo, porque real, y verdaderamente Iuan Escoten puso en execucion la faccion del Testamento, como lo declara a fojas 35. ibi. *Y despues este declarante, y el*

dicho Pedro Mago de Morales confirieron como se auia de hazer el dicho Testamento, y disponer de la hazienda de la dicha difunta, y el parecer deste declarante, que comunicò con el susodicho, fue aplicar la hazienda en remediar los parientes de la susodicha, atento que le constaua era gente honrada, y pobre, y de parecer del dicho Pedro Mago de Morales, era aplicar la mayor parte de la hazienda en Capellanias, y otras memorias por el alma de la difunta; por quanto dixo èl sabia la voluntad de la difunta, que se lo auia comunicado, respeto de que no se cõformaron, y que passauan dias, y no se acabauan de conformar, y que le pareciò a este declarante auia de auer pleitos, y discordias con los parientes, y que Pedro Mago se auia entrado enla hazienda, tuuo por mejor desistirse. Con lo qual tambien por este medio expressamente el dicho Iuan Escoten acetô el poder, y mandato para testar, *ex eo quod non tantum verbis ratum traheri posse, sed etiam actu.* Dixo el Consulco en la ley Paulus, ff. rem ratam haberi; porque mas bien se explica la voluntad por obras, q̃ por palabras; y assi en los actos de acetacion de herencia, y para juzgarla solo, que como heredero haga el instituido se tiene por tal. Vt ex §. item extraneus instit. de hæredum qualitat & different. ibi. *Potest aut pro hærede gerẽdo aut etiã nuda voluntate suscipiẽdæ hæreditatis hæres fieri.* § pro hærede. instit. eod. tit. l. pro hærede. 20. ff. de acquir. vel omitt. hæredit. l. gerit. ff. eod. Ant. August. lib. 4. emend. capit 8. Ossualdus ad Donellum, lib. 7. capit. 7. lit. l. ibi. *Non tam stimandum hoc est ex facto quam ex animo seu non tam quid factum quam quo animo factum sit spectatur alias enim quæ animi sunt facti sunt, quia velle est facere, & voluntas facti.* Y asi, auiendo començado a ordenar este Testamento el dicho Iuan Escoten, y auiendo acetado antes el hazerlo en las casas de V. md. no valiô, ni pudo subsistir el desistimiento que hizo deste cargo, antes

debe,

debe, y puede ser apremiado à proseguir, porque (como està dicho) por la acetacion quedò obligado a la prosecucion de el cargo, ex quodam quasi contractu, vt tenet idem Carpio indict lib. prim. capit 17. num. 51. ibi. *Quia se obligavit ex quasi contractu resultante ex acceptatione ipsius idem,* in num. 49. ex doctrina Bart. ibi. *Quia tunc ex quasi contractu resultanti ex agnitione obligandus erit.* Y asi puede ser compelido a que cumpla cō el tenor del auto ex l. 36. Tau. in fine, ibi. *Mandamos que nuestras justicias los cōpelan a ello, ante las quales lo puedan demandar, y sea parte para ello qualquiera del pueblo.* Sarmiento, in l. prim. numer. 8. ff. de legat. 2. in fin. ibi. *Et potest dicere quod vbi cœpit exercere officium consencisse videtur vt compelli posset.*

Ad tertium, & vltimum. Y suponiendo que formado, y començado este pleito entre don Agustin Faifan, y estos dos Comissarios, lo vno, no fue valido el desistimiento de Iuan Escoten, ni el Testamento otorgado por Pedro Mago, no procede la deciss. de la ley 35. de Toro; en que se dize que el Comissario no puede reuocar el Testamento que vna vez en virtud del poder del testador hizo; porque quando proceden las razones de nulidad, y atentado, que se han fundado entre la decision, y doctrina de Antonio Gomez, sobre esta mesma ley que dize, que siempre que el Comissario obrare con nulidad, haziendo el Testamento contra la ley, o contra la voluntad del testador, ha de ser compulso a que lo buelua a hazer, ibi. *Vbi habetur quod commissarius cui est commissa electio personarum vel rerum, postquam semel elegit, non potest variare, si tamen nulliter fecit, & non secundum formam à lege, vel de facto sibi traditam, potest reuocare, & aliud perfectum, & validum facere.* Y aunque en esta mesma question hablò mas latamēte que todos Matienço en la mesma ley 35. de Toro, glossa prima, y lleuò la mesma doctrina que Antonio Gomez, y por la parte afirmatiua, y negatiua fundô vna, y otra opinion; porque

que primero en el numero 2. dixo, que auiendo hecho el Comissario el Testamento en virtud del mandado, auia concluido con su oficio, y no podia hazer otro, ibi. *Vel ideò nõ potest variare, quia commissarius alieno nomine facit testamentũ quare, vt delegatus habetur, qui functus est officio suo siue benè siue male, commissione vsus fuerit.* Y la razon es, porque este Testamento que haze el Comissario no es suyo, sino del difunto, que se lo encomienda por el mandato; y assi, ni el mesmo Comissario, ni otro alguno, lo puede reuocar, vt in eodẽ num. 2. inferuis, ibi. *Ex eo quod testamentum, quod fecit commissarius est testamentum ipsius defuncti quod nimirum nemo potest reuocare.* Y luego lleuando la contraria en el num. 4. dize, que el Comissario que no gurdò la forma del testador, y obrò en la faccion del Testamento algun acto nulo de solemnidad defectuosa, o otra causa, podrà hazer otro Testamento, ibi. *Vbicumque enim ex facultate commissa quis formam nõ serbauerit, etsi scienter hoc fecerit proterit alium actum, vel electionem facere.* Y en el numero 6. afirma mas nuestro intento, ibi. *In secundo vero cassu cum fecit testamentum nullum ex defectu solemnitatis videtur posse aliud testamentum facere, quia facultas non consumitur ex actu in valido.* Y enmedio de estas dos opiniones, relinquit cogitandum, vt concludit in numer. 7. in fine, ibi. *Quod tamen candidi lectoris iudicio censendũ commito.* No me queda razon de dudar en esta doctrina, que por vna y otra parte fundò Matienço, ni la de Tello Fernandez en esta mesma ley, num. 2. porque no hablan de nuestro caso, supuesto que estas doctrinas proceden en otro diferẽte que el de este pleito, pues el que tratan estos Autores, viene a ser quando el Comissario libremente trata de su voluntad hazer el Testamento que le està cometido, si guardò, o no guardò la forma para que haga, o no haga otro; pero el caso de nuestro pleito es muy diferente, y en proprios terminos no lo toca Taurista alguno, porque lo hizo Pedro Mago,

despues

despues que fue conuenido por el legatario interesado; y assi esta question,como no pensada por los Autores del Reyno, se ha de juzgar conforme a disposicion de derecho comun; porque el caso omitido queda en su disposicion, vt tenet Vlpianus, in l. si extraneus 6. ff. de condit. caus. data caus. non secuta. Assi proceden las doctrinas, y fundamentos q̃ (meo malo videri) he citado en el primero articulo, para que estos Albaceas bueluan a hazer este Testamento.

Y aunque parece es de la question, an captatoria volũtas ad pias causas valeat, vt si testator in alienam committat voluntatem distributionem, & quantitatem legatorum, y lleuaron todos ser valida esta disposicion, vt tenuerunt Bart. Bald. Paulus de Castr. Angel. Aretin Alber. Ioann. Faber. & Pantius, vt recenset Ant. Gabriel. lib. 6. communium opinionum, tit. de pia causa, concl. 3. num. 1. Tiraquell. de priuileg. piæ caus. priuileg. 64. y que por este medio tuuo validacion la disposicion de doña Maria Manrique de Lara, que la cometiò a todo aquello que tenia comunicado con Pedro Mago, en quanto a causas pias, fue valida. Tambien en parte distinta del mesmo poder tuuo comission de executar su arbitrio Iuan Escoten, para arbitrar, y hazer mandas, y legados, como se refiere a la letra ibi. *Y para que las Missas, y demas obras pias sean conforme tengo comunicado al dicho Pedro Mago de Morales, y les pareciere a los dichos mis Albaceas, y qualquier dellos insolidum; y que puedã hazer las mandas, y legados que les pareciere en las cãtidades, y en la forma, y a las personas que le he comunicado, y les pareciere, aunque excedan del quinto y mitad de mis bienes, y hazienda.* Con que segun la letra de esta clausula, tiene el mesmo poder Iuan Escoten que Pedro Mago, y puede obrar, y hazer legados, regulando su voluntad ad arbitrium boni viri, vt ex text. in l. fidei commissa. 11. §. si fidei commissum, ff de leg. 3. *Vi quamquam autem fidei commissum non debeatur ita relictum si voluerit, tamen si ita scriptum fuerit, si fueris arbitratus, si putaueris, si*

 existi-

existimaueris, si vtile tibi fuerit visum, vel videbitur, debebitur, non enim plenum arbitrium voluntatis hæredi dedit, sed quasi viro bono fidei commissum relictum. Y si podrá el executor ser apremiado a arbitrar, sin embargo de q̃ aya vna vez arbitrado latè Peralta, in l. 1. ff. de leg. 2. vbi etiam Sarmiento, num. 14. Ægidius, in l. 1. C. de Sacrosanct. Eccles. Dominus Ioann. del Castillo, 1. part. lib. 3. Controuers. cap. 180. num. 7. Mieres, 1 part. quæst. 44. num. 102. Y que por las doctrinas referidas se podrà hazer alguna instãcia, para que los executores declarassen, o arbitrassen, o boluiessen a arbitrar, y declarar, non isto, ni me detẽgo, porque tan solamente se trata de que se buelua a hazer el Testamento.

Tambien por la disposicion de la ley 38. de Toro, en caso de discordia de los Comissarios, tiene V. md. voto, como lo apũta don Agustin Farfan. Y asi, auiendo llegado a juizio la faccion deste Testamento, aunque la mesma ley no le diò pena al Comissario que se diuirtiesse a hazerlo por si solo (siendo primero conuenido) ni tampoco lo declarò por ninguno, todavia el derecho adquirido al señor Iuez, no lo pudo quitar el Comissario, pendiente el pleito: de que se infiere, que no auiendo disposicion en la ley, ni en el estatuto se ha de regular, y juzgar la question conforme a derecho comun, tex. in l. 2. C. de noxal. actionib. cap. dilectus de consuetudine, cap. causam de prescrip. Y asi, pendiente este pleito, no se pudo perjudicar la facultad judicial, vt tenet Ludouicus Gomecius, de non tollendo iure quæsito in regula Cancelarie, vers. tamen si rectè, ibi. *Et tamen nemini dubium est dispositionem iuris communis, ita prohibere præiudicium inferre litependente.* Y la razon que dá en el verso siguiente, es cõforme al caso deste pleito, ibi. *Ratio est quia postquam coram iudice causa pendet, iustum est, quod lis æquo Marte procedat, & quilibet suo iure, veluti proprijs armis vincat, vel succũbat vbi etenim partes æquum iudicem veluti rerum suarum mediatorem elegerunt nihil*

magis

magis inæquale, & alienam à iustitia videtur quam ab illo instituto recedere. Et in feruis, dize, que es presuncion de injusticia contra aquel que se aparta del conocimiento de la causa, para obrar en su fauor por priuilegio, o en otra manera, ibi. *Imò est præsumptio contra illum, qui lite pendenti gratiam impetrarit, vt aduersario ius tollat, quod non foueat bonum ius, quia si bonum ius haberet iudicē officio suo fungi permitteret.* Con que por estos medios pretende don Agustin Farfan que estos Comissarios hagan este Testamento, para que lo arbitren, segun su potestad, en hazer la manda, y legado, como a primohermano de la testadora.

No se trata en este papel de la facultad de Pedro Mago, en quanto a si pudo hazer el codicilio que hizo contra la disposicion de la ley 35. de Toro, porque no haze a nuestro proposito. Ni tan poco de la manda de mas de quinientos ducados de bienes que Pedro Mago hizo en fauor del Escriuano ante quien començò su pleito don Agustin, pues por auto de los señores de la Real Audiencia, se le quitò el pleito, y se diò a otro; porque pareciò diligencia suya esta facciō de Testamento, y ordenada del. Esto saluo la dignissima correccion de V. md.